القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه

د. نور حمد الحجايا
أستاذ مشارك في القانون الخاص
كلية القانون – جامعة قطر

المقدمة :

تقوم فلسفة التحكيم على مبدأ حرية أطراف العلاقة القانونية في اختيار وسيلة تسوية منازعاتها، سواء فيما يتعلق بالهيئة التي تقوم به، أو بالقواعد واجبة التطبيق على سير إجراءاته وموضوعه، ولا شك أن حرية الاختيار هذه تجعل الأطراف يشعرون بالاستقرار القانوني، حيث أن نظام التحكيم يحررهم من الشكليات والاختلاف في الآراء والقواعد الوطنية التي تختلف من دولة إلى أخرى.

إن اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية يعبر من رغبة الأطراف في الإفلات من قوانين الدولة، ويكشف عن رغبتهم أيضاً في الفصل في منازعاتهم وفقاً لقواعد القانون التجاري الدولي الذي يستمد مصادرة من الأعراف والعادات التجارية والاتفاقيات الدولية والمبادئ العامة المشتركة وقواعد العدالة والإنصاف وقضاء التحكيم، لكن تطبيق هذا القانون الأخير يثير الكثير من التساؤلات المتعلقة بالآلية التي يتم من خلالها تطبيق قواعده ، فهل المحكم يقوم بتطبيق القواعد الدولية مباشرة على النزاع باعتبار أنها تشكل قانون اختصاصه أم أنه يرجع إلى قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص لمعرفة القانون الذي يحكم العلاقات التجارية العابرة للحدود؟

في الحقيقة أن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي يجري فيه التحكيم ليس بالسهولة التي نتوقعها، فالأمر لا يتطلب فقط الفصل بين



منهجين أي منهج القواعد الموضوعية أو المادية ومنهج التنازع (منهج سافيني) وإنما الأمر يتطلب معرفة ما إذا كان الأطراف يملكون الحرية في اختيار القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه أم لا؟ وفي حال عدم اختيارهم للقواعد القانونية التي بناء عليها يتم الفصل في النزاع المحكم فيه، هل المحكم يلجأ إلى القواعد الاحتياطية الموجودة في أغلب قواعد الإسناد التي يراها ملائمة أم يلجأ مباشرة إلى التطبيق المباشر لقواعد القانون التجاري الدولي التي تشكل قانون اختصاصه، ماذا لو كان الأخير يشوبه النقص لمعالجه النزاع المطروح فهل يعود ثانية إلى قواعد التنازع لتحديد القانون المختص؟

للإجابة على جميع التساؤلات السابق طرحها، نقسم هذا البحث إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يطبق على النزاع المحكم فيه.

المبحث الثاني : دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع.

المبحث الأول
حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يطبق على النزاع المحكم فيه

تلعب إرادة الأطراف كضابط إسناد دوراً بارزاً في اختيار القواعد القانونية التي تحكم النزاع المحكم فيه[١]، حيث اعترفت جميع التشريعات[٢] والاتفاقيات الدولية[٣] للإرادة في تحديد القانون أو القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع التحكيم.

إن الدور المهم الذي تلعبه إرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه يدفعنا إلى التساؤل عن مدى تمتع الأطراف بهذه الحرية، وهل هذه الحرية تخضع لقيود؟ وإذا ما تم الاختيار فما هي القواعد التي يختارها الأطراف؟ للإجابة على جميع هذه التساؤلات نقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول : مدى حرية الأطراف في الاختيار والقيود التي ترد عليها.

المطلب الثاني: القواعد القانونية المختارة.

---

(١) في المقابل هناك جانب من الفقه لا يعتد بإرادة الأطراف كضابط لإسناد الروابط العقدية للقانون المختارة حول ذلك أنظر:

Vincent Heuzé, la réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes, édition, Joly GLN, 1990, p128 et s.

وهناك من يرى أن إرادة الأطراف لا تقوى على اختيار القانون الواجب التطبيق وإنما يقتصر دورها على تركيز العقد في مكان معين. حول ذلك انظر

Batiffol, subjectivisme et objectivisme dans le droit international prive de contrats, in choix d'article, paris, Dalloz,1976,p.245 et s.

(٢) أنظر المادة ٣٦ من قانون التحكيم الأردني لسنة ٢٠٠١ والمادة ١٩٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري لسنة ١٩٩٠ ، والمادة ١/٢٨ من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم لسنة ١٩٨٥.

(٣) أنظر المادة الثالثة من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ ، والمادة ١/٧ من اتفاقية جنيف لسنة ١٩٦١ المتعلقة بالتحكيم التجاري.



المطلب الأول

مدى حرية الأطراف في الاختيار والقيود التي ترد عليها

لقد سبق القول أن جميع التشريعات والاتفاقيات الدولية كرست مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، لكن ما مدى هذه الحرية وما هي القيود التي ترد عليها نناقشها في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

مدى حرية الأطراف في الاختيار

إن حرية اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع المحكم فيه ما هي إلا تطبيق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين المتعارف عليه في نظرية العقود. وهذه الحرية لاشك تدفع الأطراف نحو اختيار القانون الملائم الذي يتفق ورغباتهم وتوقعاتهم ويحقق لهم الأمان المتطلب في المعاملات الدولية. وبموجب هذه الحرية يستطيع الأطراف اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم منازعاتهم المحتملة منذ لحظة التعاقد، كما يجوز لهم أيضا تعديل القانون السبق اختياره مع مراعاة حقوق الغير، وأن لا يؤدي ذلك التغير إلى إبطال العقد الذي نشأ صحيحاً وفقاً للقانون الذي تم اختياره سابقاً[٤]، وأن لا يكون المقصود من التغير التحايل على القواعد القانونية الآمرة في القانون السابق أو القانون الواجب التطبيق الذي حدده المشرع عند سكوت الإرادة عن الاختيار.

أما عن كيفية تعيين الإرادة ، فإنه من المنطقي أن يحدد الأطراف القواعد القانونية التي تحكم نزاعهم تحديداً صريحاً، كأن يتفقوا على أن قانون دولة (س) هو القانون

(٤) أ.د هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١، ص ٤٧٧ وما بعدها، أ.د أحمد عبد الكريم سلامه ، قانون العقد الدولي ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠- ٢٠٠١ ، ص ١٨١ - ١٨٢

الواجب التطبيق، أو أن الأعراف والعادات التي استقر التعامل فيها بشأن مسألة معينة هي واجبة التطبيق.

إن هذا الاختيار الصريح للقواعد القانونية واجبة التطبيق أما أن يكون في العقد الأصلي، أو في اتفاق مستقل ، لكن إذا لم يقم الأطراف بالاختيار الصريح للقواعد القانونية التي تحكم النزاع المحكم فيه ، فإن المحكم يستطيع أن يستخلص الاختيار الضمني للقواعد القانونية من ظروف العقد والقرائن التي تعبر بوضوح عن إرادة المتعاقدين في هذا الشأن(٥) ، وبما أن الوقوف على الإرادة الضمنية للأطراف يكتنفها الكثير من الصعوبات، نرى ضرورة تشجيع الشركات والمشروعات التي تستثمر في التجارة الدولية أن تختار بصراحة القانون أو القواعد القانونية التي تحكم منازعاتهم المحتملة وذلك لقطع دابر أي شك حول الإرادة الضمنية للأطراف(٦).

إذا ما اختار المتعاقدان القواعد القانونية واجبة التطبيق على منازعتهم، فإنه يلقي على عاتق المحكم كقاعدة عامة واجب تطبيق القواعد القانونية المختارة، وإلا يكون حكمه باطلاً(٧) تأسيساً على أن هيئة التحكيم تستمد ولايتها من طرفي التحكيم ولا تلتزم إلا بما يتفقان عليه، لكن يجب أن لا يفهم من ذلك أن أعضاء هيئة التحكيم يمثلوا طرفي التحكيم وإنما مهمتهم تتجاوز التمثيل إلى الفصل في النزاع(٨) ومن

---

(٥) أنظر المادة الثانية من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠

(٦) بنفس الاتجاه أنظر:
La loi applicable au contrat, vers une communautarisation et une modernisation de la convention de Rome de 1980, réaction de la CCIP au livre vert de la commission européenne, rapport présenté par M.Guy pallaruelo au nom de la commission juridique et adopte par l'assemblée générale du 3 juillet 2003, p.13

(٧) أنظر البند الرابع من الفقرة أ من المادة ٤٩ من قانون التحكيم الأردني الذي ينص على أنه " لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في أي من الحالات التالية : ٤- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفاق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع".

(٨) أ.د مصطفى الجمال وأ.د.. عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، ط١ ، ١٩٩٨ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان ، ص ٢٥٥



الجدير بالملاحظة أن هيئة التحكيم لا تطبق القانون المختار إذا تبين لها أنه لا يتناسب مع موضوع التزاع، في مثل هذه الحالة يجب على المحكم أن يبحث عن القواعد القانونية المناسبة للانطباق على موضوع التزاع. ويستطيع المحكم أو هيئة التحكيم استبعاد القانون أو القواعد القانونية المختارة بسبب مخالفتها لقواعد النظام العام أو أنه قد تم الحصول عليها بطريق التحايل.

الفرع الثاني
القيود التي ترد على حرية الاختيار

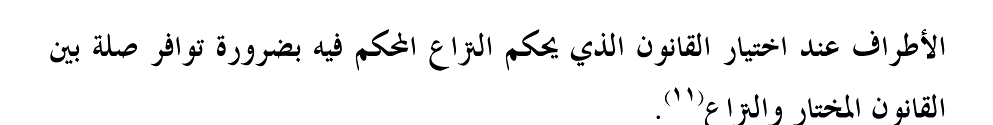
يجب على الأطراف عند اختيارهم القانون الذي يحكم نزاعهم أن يقوموا باختياره بحسن نية وأن لا يخالف هذا القانون النظام العام. فهل يقصد بالاختيار بحسن نية أن تتوافر صلة بين القانون المختار وموضوع التزاع أم يكتفي بتحقق المصلحة المشروعة من ذلك الاختيار؟ للإجابة على هذا التساؤل سوف نخصص النقطة الأولى من هذا الفرع لمعالجة مسألة الصلة بين القواعد المختارة وموضوع التزاع والنقطة الثانية نناقش فيها القيد المتعلق بالنظام العام.

أولا: الصلة بين القواعد القانونية المختارة وموضوع التزاع:

ذهب بعض الفقهاء[٩] وأيدهم في ذلك بعض الاتفاقيات[١٠] إلى عدم تقيد حرية

(٩) جميع أنصار النظرية الشخصية ينادون بإطلاق حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم دون قيد أو شرط. حول هذه النظرية أنظر أ.د هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص ١٢٥ وما بعدها .

(١٠) أنظر المادة الثانية من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ التي لم تشترط أن يكون هناك رابطاً بين التزاع والقانون المختار بالإضافة إلى أن الفقرة الأولى من المادة ٢٨ من القانون النموذجي للتحكيم لم تشترط أي رابط بين القانون المختار والتزاع، وبنفس الاتجاه ذهبت المادة السابعة من اتفاقية القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٦م.



الأطراف عند اختيار القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه بضرورة توافر صلة بين القانون المختار والنزاع[11].

إذا ما اختار الأطراف القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع المحكم فيه فإنه يجب على المحكم أن يطبق القواعد المختارة دون أن يصحح اختيار الأطراف بحجة أنه لا يوجد صلة بين القانون المختار والنزاع، والقول بغير ذلك من شأنه أن يخل بالاستقرار القانوني ويتنافى مع المبدأ القاضي باحترام توقعات الأفراد.

وفي المقابل ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى القول بضرورة توافر صلة حقيقية بين القانون المختار والنزاع ، إذا ما أنعدمت تلك الصلة ، فإنه يحق للمحكم أن يستبعد القانون المختار ويحدد بدوره القانون الواجب التطبيق[12].

بينما يرى اتجاه ثالث ضرورة توفر صلة بين القانون المختار والنزاع بحيث لا يكون النزاع مقطوع الصلة بالقانون الذي يحكمه لذلك يكفي أن توجد صلة فنية بينهما ، وهذه الصلة الفنية تتحقق في مجال التجارة الدولية كأن يتم اختيار وثيقة تأمين اللويدز مثلاً بوصفها من العقود النموذجية التي تخضع القانون الانجليزي[13].

من جانبنا نرى أنه يكفي أن يكون للأطراف مصلحة مشروعة في اختيار القواعد القانونية التي تحكم نزاعهم ولو لم يكن هذا القانون على صلة بالنزاع الذي يحكمه.

---

(١١) إن القيد الوحيد الذي يفرضه الفقيه فوشار هو ما تفرضه متطلبات التجارة الدولية أنظر :
Philippe fouchard, l'arbitrage commercial international, paris ,1965 p.66

(١٢)
Batiffol et Lagrad , droit international privé tome Π, p. 57 et s

(١٣) في هذا الاتجاه أنظر أ.د هشام على صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ، ص ٤٥٢ وما بعدها ، الدكتور منير عبد المجيد ، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٠، ص ٢٥٨ ، الدكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ج٢ ، ط٧ ، ص ٤٤١ ، الدكتور احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص ١٩٢-١٩٣ .



وفي هذه الحالة يجب على المحكم أن يطبق القانون المختار وإلا يكون قد خالف مهمته . من هنا نرى أن القيد الذي يرد على حرية الأطراف عند اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم النزاع للمحكم فيه يتمثل في أن يتم اختيار ذلك القانون أو القواعد القانونية بحسن نية، وعليه لا يجوز الاتفاق على اختيار قانون دولة ما بهدف الهروب من القواعد الموضوعية الآمرة في القانون الأكثر ملائمة لحكم النزاع(١٤) وإلا فمن حق المحكم استبعاد هذا الاختيار.

ثانيا:– النظام العام

إن احترام النظام العام يفرض على الأطراف عند اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع المحكم فيه ، بالإضافة إلى انه يفرض أيضاً على المحكم عند تطبيقه للقانون المختار من قبل الأطراف لذلك لا بد أن يحترم الأطراف القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون المختار والقواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام الدولي. إن هذين النظامين نناقشهما فيا يأتي.

- النظام العام الداخلي :

يجب على الأطراف عند اختيارهم للقانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه ضرورة مراعاة القواعد الأمر في القانون المختار، وذلك لأن دمج القانون المختار في العقد لا يفقده عناصره الآمرة(١٥).

إن القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام في القانون الواجب التطبيق تفرض على الأطراف احترامها وعدم مخالفتها لكن ما الحل لو أن بعض شروط العقد تخالف

(١٤)
A. redfern m. Hunter et m, smith , droit et pratique de l'arbitrage commercial international, 2e édition , paris , L.G.D.J , 1994 p. 83

(١٥)
J-B Racine , L'arbitrage commercial international et l'order Public , paris . L.G.D.J , No 410.



النظام في القانون المختار، فماذا يفعل المحكم في مثل هذه الحالة ؟

في الحقيقة انه لا بد من التمييز بين أمرين، الأمر الأول يتعلق بالحالة التي يحدد فيه الأطراف أن النزاع المحكم فيه يحكمه قانون دولة (س) فيما يتعلق بالمسائل التي لم ينظمها العقد فقط. زفي جميع الأحوال لا يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاد القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون المختار. ومن المعلوم أنه إذا أتفق الأطراف على استبعاد القواعد المتعلقة بالنظام العام في القانون المختار فإن المحكم يستبعد ذلك الاتفاق ، لكن يستطيع المحكم استبعاد القواعد المتعلقة بالنظام العام في القانون المختار إذا خالفت قواعد النظام العام الدولي .

وفي النهاية يجب على المحكم أن يراعي النظام العام في قانون الدولة الأجنبية المراد تنفيذ الحكم فيها لضمان فعالية تنفيذ حكم التحكيم في تلك الدولة ، ويذهب البعض إلى أن مراعاة الحكم للنظام العام في الدولة المارد تنفيذ حكم التحكيم فيها لا يعتبر الحالة الوحيدة ، وإنما يجب عليه أن يراعي النظام العام في كل الدول الأجنبية بحجة أن هذا الأمر يعتبر من الواجبات التي تلقى على عاتق المحكم تجاه المجتمع الدولي[١٦].

في الواقع أن هذا الرأي تكليف للمحكم بما لا يستطيع، لذلك نرى ضرورة أن يحترم المحكم القواعد المتعلقة بالنظام العام في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، وإلا فإن مصير هذا الحكم هو عدم التنفيذ ، بالإضافة إلى احترام القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون الدولة الأجنبية إذا كان هناك رابط يربطها بالنزاع المحكم فيه.

القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه

(١٦) Y.Derains, les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale, jour.d.int, 1993,p.846



- **النظام العام الدولي :**

يعبر النظام العام الدولي عن الأصول والمبادئ العامة التي يفرضها التعايش المشترك بين المجتمعات كمبدأ العقد الشرعية للمتعاقدين، ومبدأ تنفيذ العقود بحسن نية، ومبدأ توازن الأداء التعاقدية، ومبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب، ومبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق...الخ .

وقد يعبر النظام العام الدولي عن أخلاقيات العقد التي تفرض على المحكم ضرورة الامتناع عن تطبيق قانون داخلي لا يتصدي لمكافحة الفساد المتمثل في الرشوة والعمولات غير المشروعة(١٧)ومكافحة الإرهاب وغسيل الأموال وتهريب الأعمال الفنية(١٨).

بالإضافة إلى أن هناك مبادئ وأصول تفرض وجودها على المعاملات التجارية نتيجة لتزايد الاهتمام بالوجود الإنساني والمحافظة عليه باعتباره الخليفة في إعمار هذا الكون(١٩). إن جميع المبادئ السابق الإشارة إليها تشكل نظاماً عامياً دولياً للمحكم، بموجبها يستبعد أي قانون يخالفها بحجة أن تلك المبادئ تعبر عن المصالح العليا للمجتمع والقيم الإنسانية ، ولا شك أن هذه المبادئ والأصول تعلو على المصالح الفردية ولا تقوى هذه الأخيرة على مخالفتها .

---

(١٧) أ.د هشام علي صادق ن القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ١٠١٧، ١٠١٦

(١٨) Pierre lalive, ordre public transnational (ou réellement international)et arbitrage international,1989,rev.arb. p.329.

(١٩) J-B,Racine, l'arbitrage commercial international et l'ordre public précité , n° 628 ets



المطلب الثاني
القواعد القانونية المختارة

إذا كان للأطراف الحرية في اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم نزاعهم فما هي تلك القواعد التي يختارونها ؟ للإجابة على هذا التساؤل السابق يقتضي الحديث عن القواعد الموضوعية الداخلية في القانون الوطني المختار وعن القواعد الموضوعية الدولية والتي تشكل ما يسمى بالقواعد الدولية وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول
الأحكام الداخلية في القانون المختار

لقد نصت الكثير من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على أن اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه ينصب على الأحكام الداخلية في ذلك القانون دون تلك المتعلقة بالقانون الدولي الخاص[٢٠]، وهذا يعني أنه لا مجال للأخذ بالإحالة في الحالة التي يختار فيها المتعاقدان قانوناً معيناً ليحكم نزاعهم المحكم فيه، والسبب وراء ذلك يكمن في أن الأطراف عندما يختارون قانوناً ليحكم خلافاتهم، فمن المفترض أنهم يعرفونه وأنهم اختاروه على أساس أنه الأقدر على حسم نزاعهم ، فهو يحقق مصالحهم ولو كان الأطراف يريدون اختيار القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في القانون المختار من قبلهم لاختاروا ذلك القانون مباشرة استناداً إلى قانون الإرادة[٢١]. أضف إلى ذلك أن استشارة قواعد الإسناد في القانون

(٢٠) أنظر في ذلك الفقرة الأولى من المادة ٢٨ من القانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ ، وأنظر أيضاً الفقرة أ من المادة ٣٦ من قانون التحكيم الأردني .

(٢١) أ.د عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص٢٧٠، ٢٧١.



المختار قد يؤدي إلى اختصاص قانون آخر يحكم النزاع وهو ما يخالف توقعات الأطراف ويتعارض مع طبيعة ضباط الإرادة(٢٢).

إذا ما تم اختيار قانون دولة ما من قبل الأطراف للانطباق على النزاع المحكم فيه ، فإنه يجب عليهم احترام القواعد الآمرة في ذلك القانون سواء أكانت هذه القواعد قواعد ذات تطبيق ضروري أم قواعد آمرة متعلقة بالنظام العام وعليه لا يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاد القواعد الآمرة في القانون المختار حتى لو أدى ذلك إلى بطلان العقد ، ويجوز للأطراف الاتفاق على إخضاع نزاعهم إلى أكثر من قانون عن طريق استخدام آلية التجزئة ، وهذه الآلية تعبر عن رغبات الأطراف في اختيار أكثر القوانين مناسبة لحكم نزاعهم ، فمثلاً حتى يتلافى الأطراف إبطال عقدهم بسبب الغبن فإنهم يخضعون عقدهم إلى قانون دولة ما لا يرتب بطلان العقد بسببه أي بسبب الغبن. وإذا ما تم اختيار قانون دولة أخرى لحكم بقية المسائل المتعلقة بالعقد، فإن هذا العقد لا يمكن إبطاله بسبب الغبن ولو كان قانون الدولة الأخيرة يرتب البطلان بسببه وإنما يبطل العقد بسبب آخر كسبب لإكراه أو الغلط أو التدليس.

لقد استخدمت الكثير من التشريعات لفظ القواعد القانونية عندما نصت على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحكم فيه فمثلاً قضت الفقرة أ من المادة ٣٦ من قانون التحكيم الأردني بأن (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان ....) فلفظ القواعد القانونية يشير إلى القواعد الوطنية والقواعد الدولية على حد سواء، ومن هنا يستطيع الأطراف اختيار القواعد الدولية لتحكيم النزاع المحكم فيه.

(٢٢) أ.د هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٩٤١.

الفرع الثاني

القواعد الدولية (règles transnationales)

لقد أنحصر في الوقت الحاضر تطبيق مبدأ القاضي بأن كل عقد دولي يخضع لقانون دولة معينة ، حيث أن أغلب التشريعات وعلى رأسها القانون النموذجي للتحكيم لسنة ١٩٨٥ أصبحت تستخدم لفظ القواعد القانونية ، وبموجب هذا اللفظ العام يستطيع الأطراف اختيار القواعد الدولية لتحكيم موضوع النزاع المحكم فيه .

أما عن الاتجاهات الفقهية المؤيدة لتطبيق القواعد الدولية فهي متعددة ، فقد ذهب اتجاه إلى القول بأن مجرد اختيار التحكيم كوسيلة لفض النزاع الماثل بينهما يعتبر دلالة في حد ذاته على إخضاع النزاع المحكم فيه للقواعد الدولية ، أما الاتجاه الثاني فأكد على أن القواعد الدولية لا تطبق إلا إذا اختارها الأطراف صراحة أو أن إرادتهم انصرفت بشكل أكيد لتطبيقها[٢٣]، وفي الاتجاه الأخير أنقسم الفقهاء إلى رأيين ، رأى يقول أن القواعد الدولية لا تطبق إلا بصفة احتياطية فهي عبارة عن قواعد مكملة للقواعد الوطنية ، أما الرأي الثاني فيرى أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يسمح للأطراف باختيار القواعد التي تحكم نزاعهم ولو كانت هذه القواعد لا تنتمي إلى قانون دولة معينة[٢٤]، ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي حيث أن الأطراف يستطيعوا اختيار القواعد الدولية لتحكم النزاع المحكم فيه سواء أكان ذلك بصفة مستقلة أم بصفة مشتركة مع القوانين الوطنية فما المقصود إذا بتلك القواعد الدولية ؟

يقصد بالقواعد الدولية تلك التي تتجسد في الاتفاقيات الدولية والعقود

---

(٢٣) المرجع السابق، ص ٢٥٣

(٢٤) M.de boisseson , le droit français de l'arbitrage international , paris G.L.N, 1990, p. 590.



النموذجية والشروط العامة، والمبادئ العامة والأعراف المعمول بها في مجال التجارة الدولية أو ما يعرف بـــ lex mercatoria بالإضافة إلى المبادئ العامة في قانون التحكيم والقانون الدولي العام وقواعد العدالة والإنصاف.

في هذا البحث لا أريد أن أتحدث عن جميع مصادر القواعد الدولية، وإنما أريد أن أتحدث باختصار على وجه التحديد عن القانون التجاري الدولي وعن المبادئ العامة في القانون وعن قواعد العدالة والإنصاف ومبادئ القانون الدولي العام في النقاط التالية:–

أولاً: القانون التجاري الدولي (lex mercatoria)

يقصد بالقانون التجاري الدولي (مجموعة من المبادئ والنظم والقواعد المستقاة من كافة المصادر التي تغذي باطراد وتستمر في تغذية البنيان والسير القانوني الخاص بمنتهى التجارة الدولية)[٢٥].

لقد نشأ القانون التجاري الدولي نتيجة لاختلاف الحلول التي تضمنتها القوانين الداخلية بشأن العلاقات التجارية الدولية الأمر الذي أدى إلى تطبيق نظام قانوني لا يتماشى مع واقع العلاقات التجارية الدولية ، من هنا ظهر القانون التجاري الدولي ليعبر تعبيراً صادقاً عن واقع التجارة الدولية، إلا إن هذا القانون تعرض إلى جملة من الانتقادات التي تشكك في الطابع القانوني لقواعده حيث أنها تفتقر للعمومية والتجريد والإلزام وقواعدها غير مقترنة بالجزاء بينما ينادي تياراً آخر بالطابع القانوني لقواعده. بحجة أن المجتمع التجاري الدولي قد أصبح مجتمع منظم له مؤسساته التي تعمل على خلق قواعده التي تتمتع بخصائص القاعدة القانونية ، فهو

(٢٥)
B. Goldman , La Lex Mercatoria Dans Les Contrats Et Les Arbitrages International , Journal De Droit International , 1979 , P.475

ينظم العلاقات التجارية بين طوائف التجار ممتهني التجارة الدولية ويترتب على مخالفتها جزاء تفرضه المؤسسات المنتميين إليها[٢٦]. لكن أياً كانت الانتقادات التي وجهت إلى قواعد القانون التجاري الدولي ، فإن استخدامه لم يتوقف عن التعاظم بالرغم من أنه يشكل نظاماً قانونياً مازال في طور التكوين[٢٧].

في الحقيقة أن القانون التجاري يعتبر قانون ذي مصادر متعددة ، فمن مصادره العادات والأعراف التجارية ، والاتفاقيات الدولية والمبادئ العامة السائدة في مجتمع التجار والبعض يضيف قضاء التحكيم . إن السؤال الذي يُطرح في هذا الصدد يتمثل في ما إذا اختار الأطراف القانون التجاري الدولي ليحكم النزاع المحكم فيه ، عندئذ ماذا يطبق المحكم هل يطبق الاتفاقيات الدولية أم الأعراف والعادات التجارية أم المبادئ العامة السائدة في مجتمع التجار ؟

بخصوص هذه المسألة نرى أنه من واجب المحكم البحث عن مضمون القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع المحكم فيه ، إلا انه يجب التفرقة بين أمرين : الأمر الأول يتعلق بالحالة التي يحدد فيها الأطراف القواعد واجبة التطبيق كأن يقولوا مثلاً أن نزاعهم يسري عليه العادات والأعراف التجارية التي أستقر التعامل بها ، فما على المحكم هنا إلا أن يطبق ما أتفق الأطراف على اختياره ، أما الأمر الثاني فيخص الحالة التي يعين فيها الأطراف القانون التجاري الدولي بشكل عام ، في هذه

---

(٢٦) لمزيد من التفاصيل حول التيار الرافض والتيار المؤيد للطابع القانوني لقواعد القانون التجاري الدولي أنظر أ.د مصطفى الجمال و أ.د عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية الداخلية ، مرجع سابق ، ص ٢٥٧ وما بعدها ، د. مصلح الطروانه ، مقدمة في القانون التجاري الدولي ، دار رند للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٠، ص ١١٦ وما بعدها

(٢٧)
- voir La Sentence de CCI ,No 6393, de 1989, Recueil des Sentences de La C C I : 1986 - ١٩٩٠



الحالة يقع على عاتق المحكم واجب البحث عن القواعد القانونية واجبة التطبيق من مصادرها المتعددة سواء أكانت هذه المصادر مصادراً دولية أم قضائية أم من القانون المقارن .

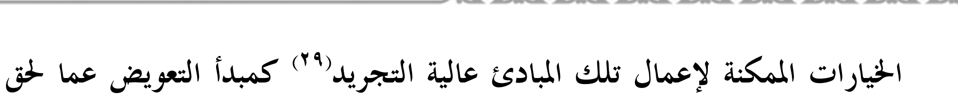
ثانياً : المبادئ العامة في القانون

إن المبادئ العامة في القانون تختلف عن تلك التي يتضمنها القانون التجاري الدولي ، من زاوية أن القانون التجاري الدولي يتضمن طائفة المبادئ العامة المشتركة المتعلقة بالتجارة الدولية. ويقصد بالمبادئ العامة للقانون تلك الركائز التي تؤسس أي نظام قانوني وتلقى قبولاً من الكثير من النظم القانونية . فالمحكم لا يطيق المبادئ العامة في القانون أو المبادئ العامة المشتركة السائدة في مجمع التجار إلا إذا اثبت أن الأطراف قد قاموا بتركيز علاقاتهم في النظام القانوني الذي نشأت في ظله تلك المبادئ ، وقد يقوم المحكم بتطبيق المبادئ العامة في القانون أو المبادئ العامة السائدة في مجتمع التجار كمكمل للقواعد الوطنية أو الأعراف أو العادات التجارية . وقد يقوم بتطبيقها أيضاً إذا استحال عليه تطبيق القانون المعين على النزاع. لكن السؤال الذي نريد أن نطرحه هو إذا ما اختار الأطراف المبادئ العامة في القانون أو تلك السائدة في مجتمع التجار لحكم النزاع المحكم فيه فهل تلك المبادئ تقدم حلاً مباشراً للنزاع.

في الحقيقة أن المبادئ التي أطلق عليها الأستاذ الدكتور مصطفى الجمال والأستاذ الدكتور عكاشة عبد العال لفظ عالية التجريد أي تلك المبادئ التي تعبر عن " أصول أدبية فوقية يلتزمها التنظيم القانوني ، أكثر منه عن قواعد قانونية مادية قابلة للتطبيق المباشر في مجال المعاملات الإنسانية"[(٢٨)] لا تقدم حلاً مباشراً للنزاع كمبدأ مراعاة حسن النية. وإنما لا بد من أن يلجأ المحكم إلى مبادئ أخرى فرعية تقدم

د. نور حمد الحجايا

(٢٨) أ.د. مصطفى الجمال و أ.د عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، مرجع سابق ، ص ٧٦٤.



الخيارات الممكنة لإعمال تلك المبادئ عالية التجريد[٢٩] كمبدأ التعويض عما لحق المضرور من ضرر نتجه لعدم تنفيذ العقد بحسن نية.

ثالثاً :- مبادئ القانون الدولي العام

ينظم القانون الدولي العام العلاقات بين الدول، لكن قد تتعاقد دوله مع أشخاص القانون الخاص التابعة لغيرها من الدول، فهل من المتصور اشتراط تحكيم تطبق فيه مبادئ القانون الدولي العام ؟

في الواقع أنه لا يوجد ما يمنع في أن التحكيم المبرم بين دوله ما وأشخاص القانون الخاص التابعة لغيرها من الدول يطبق عليه قواعد القانون الدولي العام ، ويكون ذلك عندما يختار الأطراف المبادئ العامة للقانون الدولي العام لحكم النزاع المحكم فيه على وجه التخصيص ، ولهم أيضاَ إضافتها إلى قانون دولة ما من أجل تكملة ما يعترى قانون هذه الدولة من نقص أو من أجل تفسيره، إلا إذا مثل هذا الأمر الأخير قد يستخدم كأداة من قبل المحكمين لاستبعاد القانون الوطني الواجب التطبيق مثلما حصل ذلك في عقود استغلال البترول المبرمة بين الحكومة الليبية وبعض شركات البترول المبرمة أو بين الحكومة الإيرانية ومجموعة من شركات البترول .

لكن من وجه نظري أرى أن القانون الدولي العام يتكون من قواعد مجردة أو من اتفاقيات ثنائية لا تطبق على كثير من الحالات فهو لا يتضمن بشكل كافي باستثناء بعض الأحكام الخاصة بالعقود الخاصة كعقود الاستثمار ، قواعد تفصيلية ومحددة حتى يطبق لوحده على النظام المحكم فيه وبالتالي لا يتصور تطبيقه إلا بالاشتراك مع القوانين الوطنية و في هذه الحالة يجب على المحكمين عدم استبعاد القوانين الوطنية إلا في حال مخالفتها للنظام العام الدولي .

---

(٢٩) المرجع السابق / ص ٧٤٦



رابعا : قواعد العدالة والأنصاف

تقضي الفقرة د من المادة ٣٦ من قانون التحكيم الاردني بأنه ((لا يجوز لهيئة التحكيم إذ اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون))[٣٠].

لا شك أن النص المذكور أعلاه يتحدث عن التحكيم بالصلح الذي بموجبه تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف ، ولا يتسنى لها فعل ذلك إلا إذا تحققت الإرادة الصريحة في اختيار هذا النوع من التحكيم، بحيث انه إذا ثار الشك حول تحقق الإرادة الصريحة في اختيار التحكيم بالصلح يجب على هيئة التحكيم الفصل في النزاع بمقتضى القانون .

ومن تطبيقات قواعد العدالة والإنصاف أنه يجوز لهيئة التحكيم تعديل اثر القوة القاهرة على المسؤولية أو توزيع مخاطرها على الطرفين إذا ما رأت أن في ذلك تحقيقاً للعدالة ، كما يجوز إذا اقتضت العدالة أن تقضي بالتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه رغم عدم توافر الإعذار الذي يتطلبه القانون[٣١].

نلخص من كل ما سبق أن الأطراف لهم الحرية في اختيار القواعد القانونية التي تحكم النزاع المحكم فيه إلا أن هذه الحرية مقيدة بأن يكون الاختيار بحسن نية وأن لا تخالف القواعد المختارة قواعد النظام العام الدولي آو القواعد ذات التطبيق الضروري التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالنزاع أو قواعد النظام العام في الدولة الأجنبية المراد تنفيذ حكم التحكيم فيها .

---

(٣٠) بنفس المعنى أنظر الفقرة الثالثة من المادة ٢٨ من قانون التحكيم النموذجي .

(٣١) حول هذه التطبيقات أنظر ، أ.د مصطفى الجمال و أ.د عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، مرجع سابق ، ص ٧٥٩ و ٧٦٠ ، وأنظر أيضاً الدكتور منير عبد المجيد ، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي ، مرجع سابق ، ص ٣١٦ وما بعدها

المبحث الثاني

دور المحكم في تحديد القانون

الواجب التطبيق على موضوع النزاع

يلعب الحكم دوراً بارزاً في الكشف عن القانون الواجب التطبيق، ويكون ذلك في حالتين:

الحالة الأولى تتمثل عندما لا يعبر الأطراف صراحة عن إرادتهم في تحديد القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، لكنهم يتركون بعض الإشارات والدلائل التي يستطيع المحكم الاستفادة منها للوقوف على الإرادة الضمنية للأطراف، أما الحالة الثانية فتخص سكوت الأطراف عن تحديد القانون أو القواعد القانونية التي تنطبق على النزاع المحكم فيه. إن هاتين الحالتين نناقشهما في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول

دور المحكم في استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف

يحدث في كثير من الأحيان أن لا يقوم الأطراف بشكل صريح بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه، الأمر الذي يفرض على المحكم البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف من خلال ظروف وملابسات التعاقد، إلا انه قد يقول قائل بان المحكم لا يختص بتحديد القانون الذي يحكم النزاع طالما عبر الأطراف عن إرادتهم الصريحة أو الضمنية بخصوص القانون أو القواعد المختارة.

في الحقيقة أن دور المحكم في هذه الحالة لا يمكن تشبيهه بدوره في تحديد القانون أو القواعد القانونية التي تحكم النزاع المحكم فيه عند سكوت الأطراف عن تحديده أو تحديدها ، لكن في المقابل لا يمكن إنكار الدور يلعبه للكشف عن الإرادة الضمنية



للإطراف حيث أنه لا يجوز للمحكم اللجوء إلى تطبيق القانون الأوثق صله بالنزاع إلا إذا تأكد من غياب الإرادة الضمنية للأطراف(٣٢). ونظراً لخطورة الدور الذي يؤديه المحكم في مثل هذه الحالة لا بد من ناحية من بيان كيفية الوقوف على الإرادة الضمنية لأطراف، ومن ناحية أخرى لا بد من تحديد حريته في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف.

الفرع الأول
كيفية الوقوف على الإرادة الضمنية للأطراف

يستطيع المحكم الوقوف على الإرادة الضمنية للأطراف اللازمة لاختيار القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه من خلال الأخذ بعين الاعتبار الاعتبارات الآتية :-

- التحليل الموضوعي لموضع النزاع والوقوف على ظروف وملابسات الحال.
- القرائن الذاتية المستمدة من أطراف النزاع مثل جنسيتهم المشتركة أو موطنهم المشترك، أو تلك المستمدة من موضوع النزاع ، أو من استخدام بعض التعابير والمفاهيم التي لا توجد إلا في نظام قانوني معين ، ولا تعتبر اللغة المستخدمة في تحريره قرينة يستشهد بها لتحديد القانون أو القواعد القانونية التي تنطبق على النزاع(٣٣).
- القرائن الخارجية كتلك المستمدة من مكان الإبرام أي مكان إبرام الالتزام الأصلي أو مكان تنفيذه.

ومن الجدير بالملاحظة أن بعض الفقهاء ذهبوا إلى حد القول بان إعطاء المحكم حرية البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال الصارخ

---

(٣٢) SENT . AR, NO 7710 RENDUE EN 1990 , JOURNAL DE DRIOT INTERNATIONAL , IV , 2001 , OBSERATION , Y. DERAINS , P . 1160

(٣٣) p . mayer Droit international prive , No 721 . P 469

بتوقعاهم[٣٤]. في الواقع أن أعطاء المحكم حرية البحث عن إدارة الأفراد الضمنية من خلال القرائن وظروف وملابسات الحال لا يؤدي إلى الإخلال بتوقعاهم طالما كان هذا البحث لا يمسخ توقعاهم . لذلك نرى ضرورة أن يتأكد المحكم من وجود الإرادة الضمنية للإطراف من خلال قرائن وظروف وملابسات أكيدة لا تترك مجالاً للشك في دلالتها على الإرادة الحقيقية للأطراف ، وإلا أدى ذلك إلى إدخال عناصر ذات طبيعة شخصية محضة من قبل المحكم .

الفرع الثاني

حرية المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف

إن حرية المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف تتقيد بالبحث عن القرائن والدلائل التي تعبر عن الإرادة الحقيقية للأطراف من أجل اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تناسب مع توقعاهم، والمحكم في هذه الحالة لا يفرض عليه قانون دولة ما بحجة أن جميع قوانين الدولة أمامه لها نفس القيمة حيث تعتبر جميعها أجنبية بالنسبة إليه ، ولا يشكل أيا منها قانون لاختصاصه، فهو في هذا الإطار يملك الحرية في تحديد القانون الوطني الذي يحكم النزاع المحكم فيه، كما انه يستطيع أن يطبق القواعد الدولية المتمثلة في القانون التجاري الدولي والمبادئ العامة في القانون وقواعد العدالة والإنصاف على النزاع المحكم فيه إذا كشف إن هذه القواعد تم اختيارها ضمنياً من قبل الأطراف .

ومن المعلوم أن اختيار الأطرف لمقر التحكيم لا يعني بالضرورة أن إرادهم الضمنية اتجهت إلى اختيار قانون ذلك المقرر لحكم موضوع النزاع، لأهم ببساطة

(٣٤) Vincent Heuze , la , réglementation Française des contrats internationaux , précité , p 251



شديدة يمكنهم اختيار مقر التحكيم لأسباب أجنبية عن تحديد القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه. بالإضافة إلى أن أعمال قانون مقر التحكيم ليس التزاماً يقع على عاتق المحكم إلا إذا أشارت القرائن والدلائل إلى أن هذا القانون يعبر عن الإرادة الحقيقية للأطراف في لاختياره لحكم النزاع المحكم فيه.

لقد قمنا فيما سبق بتحديد دور المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضع النزاع المحكم فيه ، لكن ما الدور الذي يؤديه المحكم في حال سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق عن النزاع ؟

المطلب الثاني
دور المحكم في البحث عن القانون الواجب التطبيق عند سكوت الأطراف عن تحديده

إن سكوت الأطراف عن تحديد القواعد القانونية أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحكم فيه يلقى على عاتق المحكم واجب البحث عن ذلك القانون أو القواعد القانونية، فكيف إذاً يستطيع المحكم تحديد القانون المختص، هل يلجأ مباشرة إلى تطبيق القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع أم أنه يلجأ إلى قواعد التنازع التي يراها مناسبة لتحديد ذلك القانون ؟ إن الإجابة عن التساؤلات السابق طرحها نناقشها في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول
الاختيار المباشر للقانون الأوثق صلة بالنزاع

لقد نصت الفقرة (ب) من المادة (٣٦) من قانون التحكم الأردني على أنه " إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت

هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالاً بالنزاع"[٣٥].

من خلال النص السابق يتبين لنا أن المشرع الأردني أعطى الحق، في حال سكوت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع، للمحكم في تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع[٣٦]. فالسؤال الذي يثور بهذا الصدد هو كيف يستطيع المحكم الوقوف على القانون أو القواعد القانونية الأوثق صلة بالنزاع ؟

في الحقيقة أن المشرع الأردني أعطى المحكم الحرية الكاملة في تحديد القانون الأكثر اتصالا بموضوع النزاع دون معيار مسبق يكشف عن المقصود بذلك القانون. *فما هي إذاً المعايير التي بناء عليها يحدد المحكم القانون الأوثق صلة بالنزاع؟*

يستند المحكم إلى معيارين للكشف عن المقصود بالقانون الأكثر اتصالاً بالنزاع يتمثل المعيار الأول في تركيز موضوع النزاع في ضوء طبيعته الذاتية والتي يمكن من خلالها أن نحدد الأداء المميز فيها أي الالتزام الجوهري الذي يفرضه مصدر الالتزام، أو ما يعبر عنه بمحل الأداء المميزة والقانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع وفقاً لهذا

---

(٣٥) في نفس المعنى أنظر الفقرة الأولى من المادة ٢٤ من لائحة المركز الكندي للتحكيم ، والفقرة الثانية من المادة ٣٩ من قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤ ، والمادة ١٤٩٦ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد ، والمادة ٢/١٠٥١ من قانون المرافعات المدنية الألماني ، والفقرة الأولى من المادة ١٧ من لائحة غرفة التجارة الدولية للتحكيم .

(٣٦) وفقاً لنص المادة ١٩٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري فإن المحكم يطبق القانون القطري إذا أبرم اتفاق التحكيم في دولة قطر ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك .
ومن الجدير بالملاحظة أن المشروع الأردني في المادة ٢٠ من القانون المدني الأردني حدد بنفسه القانون المختص بنظر النزاع عند سكوت الأطراف عن تحديده ، وهذا القانون يتمثل في الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذا موطناً وإذا اختلفا قانون مكان الإبرام

المعيار هو محل إقامة المدين بالأداء المميز(٣٧)، ولا شك في أن محل إقامة المدين بالأداء المميز يحقق الأمان القانوني الذي يرغب به الأطراف. أما المعيار الثاني فيخص ظروف وملابسات التعاقد التي تشير إلى تركيز العقد في نظام قانوني معين، إن هذا المعيار يجب عدم الرجوع إليه لأنه لا يعبر عن توقعات الأفراد ويترك المجال واسعاً أمام المحكم لاختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع. لذا يجب الحذر عند اللجوء إليه إلا في حال عدم استطاعة المحكم الوقوف على محل الأداء المميز(٣٨)، أو إذ تبين من تلك الظروف والملابسات أن هناك قانوناً آخر يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالنزاع أكثر من قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز.

إذا كان المحكم كما سبق أن رأينا هو من يحدد القانون المختص بموضوع النزاع عند سكوت الأطراف عن تحديده ، فإنه يجب عليه أن يحدد قانونا واحداً لحكم ذلك النزاع، إلا إذا تبين له أن هناك قانوناً آخر يريد الانطباق على جزء معين من النزاع، وفي هذه الحالة يتم تجزئة النزاع ليحكم كل جزء قانون مختلف عن الآخر ، ويلاحظ أن المحكم قد يستبعد القانون الأوثق صلة بالنزاع ليطبق الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين، إعمالاً للفقرة (ج) من المادة ٣٦ من قانون التحكيم الأردني .

لكن إذا اختار المحكم قانوناً لا يتناسب مع توقعات الأطراف هل يعتبر مثل هذا الاختيار سبباً من أسباب بطلان حكم التحكيم ؟

في الحقيقة أن القانون الأردني لم يذكر هذه الحالة ضمن أسباب بطلان أحكام

---

(٣٧)

Vincent Heuze , la , réglementation française des contrats internationaux, précité , p244-245.

(٣٨) لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع ، أنظر أ.د هشام على صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص ٦١١ وما بعدها

المحكمين المنصوص عليا في المادة (٤٨) من قانون التحكيم الأردني. ومن جانبنا نرى أن حرية المحكم عند البحث عن القانون أو القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع المحكم فيه ليست تحكمية، حيث أنه دائماً مقيداً بالبحث عن القانون الأكثر مناسبة لحكم النزاع وموافقة لتوقعات الأطراف. إذاً إذا ما خرج المحكم عن هذا القيد فلا شك في أن حكمه يكون عرضه للطعن فيه إذا صدر في دولة تجيز الطعن بأحكام المحكمين أو يكون محلاً لدعوى البطلان ، لجميع هذه الأسباب ألا يكون جديراً بالمشرع الأردني أن يضع هذه الحالة ضمن أسباب بطلان أحكام المحكمين ؟!

إذا كان المشرع الأردني قد بين أنه إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع التزام طبقت هيئة التحكيم القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع، فإن تشريعات أخرى[٣٩] وقوانين نموذجية[٤٠] واتفاقيات[٤١] أوجبت على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد التنازع التي تراها أنها واجبة التطبيق .

الفرع الثاني

الاختيار عن طريق قواعد التنازع

إن من أهم الأسباب التي تدفعنا إلى القول بضرورة أن يستخدم المحكم منهج المتنازع لتحديد القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، هو أن المحكم ربما يختار قانوناً لا يتلاءم مع توقعات الأطراف، بالإضافة إلى انه حتى يتوصل إلى تحديد القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع لا بد من أن يبحث عن ضوابط أو معايير كتلك

(٣٩) أنظر الفقرة الثانية من المادة ٢٨ من قانون التحكيم الدنمركي لسنة ٢٠٠٥ ، والفقرة الثانية من المادة ٢٨ من قانون التحكم التجاري الدولي اليوناني لسنة ١٩٩٩

(٤٠) انظر الفقرة الثانية من المادة ٢٨ من قانون التحكيم النموذجي

(٤١) الفقرة ألأولى من المادة السابعة من معاهدة جنيف الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١



المستخدمة في المنهاج ألتنازعي، وهذا الأمر في الحقيقة لا يمكن ملاحظته خصوصاً إذا كان المحكم غير مجبراً على توضيح أسباب الاختيار.

لذلك كلفت الكثير من التشريعات وبعض الاتفاقيات والقانون النموذجي للتحكيم المحكم بمهمة البحث عن قواعد التنازع المناسبة ليحدد من خلالها القانون الذي يحكم النزاع، وبهذا التكليف يتمتع المحكم بحرية واسعة حيث أنه غير ملزم بتفضيل قواعد الإسناد لدولة ما على قواعد الإسناد في الدول الأخرى. لكن يبقى السؤال قائماً كيف يقوم المحكم بتحديد قواعد التنازع التي يراها ملائمة ؟

في الواقع توجد عدة طرق لتحديد قواعد التنازع الملائمة يمكن تلخيصا في الآتي:-

أولا: تطبيق قواعد التنازع في دولة مقر التحكيم

إن هذه الطريقة التقليدية طبقت من قبل المحكمين في السنوات ما قبل الستينات وقد وجهت إليها سهام النقد بحجة أن مقر التحكيم قد يتعذر تحديده خصوصاً في حال التحكيم بالمراسلة أو التحكيم الإلكتروني، وأن اختيار مقر التحكيم قد يكون بدافع لا علاقة له بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، كما لو كان الدافع إلى اختيار مقر التحكيم راجعاً إلى بحث أطراف النزاع عن مكان يمثل موقفاً حيادياً[٤٢]،ويمكن أن نُظيف سببا آخر يتمثل في أن اللجوء إلى قواعد التنازع في مقر التحكيم أمر غير مقبول بالنسبة للمحكم لأن هذا القانون لا يشكل قانون اختصاصه.

ثانيا: الجمع بين أكثر من نظام من أنظمة القانون الدولي الخاص، وذلك لإثبات أن أي نظام من تلك الأنظمة التي يلجأ إليها المحكم يحقق وحدة الحلول، باعتبار أن

(٤٢) أ.د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، ج ٥ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ ، ص ١٩١

النتيجة المترتبة على هذا الأعمال تتمثل في تعيين نفس القانون ليحكم النزاع المحكم فيه. لكن يصعب التطبيق الجامع للأنظمة إذا كانت تختلف في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضع النزاع.

ثالثا: تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص، وبهذه الطريقة يستخدم المحكم المبادئ العامة المشتركة بين كافة الأنظمة القانونية أو المعترف بها في إطار تنازع القوانين والتي تتفق مع الأدوات الدولية لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

نخلص من كل ما سبق إلى أنه أيا كان المنهج الذي يتبعه المحكم لغاية تحديد القانون الذي يحكم النزاع، فإنه لا بد من أن يلجأ إلى ضوابط أو معايير لتحديد القانون الأوثق صلة بالنزاع، ثم بقوم بعد ذلك بتحليل جميع الضوابط ليبين أي أكثر الضوابط تمثل مركز الثقل في العلاقات القانونية محل النزاع . إذا ما تم تحديد ذلك الضابط فإنه يصل حتماً إلى القانون المختص، وهذا الضابط قد يكون مكان التنفيذ أو محل إقامة المدين بالأداء المميز أو الضوابط التي تحكم مثلاً الشروط الموضوعية للعقد.

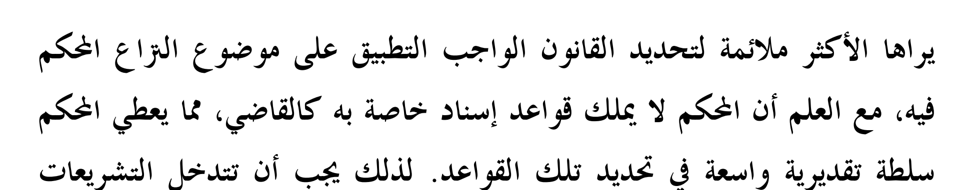
وفي النهاية يجب أن لا يغيب عن بالنا أن المحكم يجب أن يأخذ بعين الاعتبار وفي جميع الأحوال الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين. بمعنى آخر إذا كان القانون المختار من قبل الأطراف أو القانون الذي قام المحكم بتحديده عند سكوت الأطراف عن الاختيار الصريح أو الضمني يخالف تلك الأعراف والعادات التي استقر التعامل بها، فإن المحكم يستبعد ذلك القانون. ونظرا لخطورة هذا الأمر فإننا نرى ضرورة تقيد حرية المحكم في هذا الإطار، بحيث انه لا يستبعد القانون المختار إلا في حال مخالفته للقواعد الدولية التي تشكل نظاما عاما دوليا.



الخاتمة

لقد تناولنا في المبحث الأول من هذا البحث مدي قدرة إرادة الأطراف على اختيار القانون الذي يحكم نزاعهم المحكم فيه. حيث توصلنا إلي أنه من حق الأطراف اختيار القواعد القانونية سواء أكانت هذه القواعد قواعد وطنية أم قواعد دولية لحكم نزاعاتهم الحالية أو المستقبلية. إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة وإنما مقيدة بقيدين: الأول يتمثل في النظام العام، والثاني يفترض في أن يكون الاختيار قد جرى بحسن نية أي أن يكون للأطراف مصلحة مشروعة في اختيار القانون الذي يطبق على النزاع المحكم فيه. وقد بينا أن الأطراف لهم الحرية في أن يخضعوا كل جزء في العقد الأصلي لقانون يحكمه. ولهم أيضا أن يعدلوا القانون المختار شريطة أن لا يؤدي ذلك إلي الهروب من القواعد الموضوعية الآمرة في القانون السابق اختياره وان لا يخل ذلك بحقوق الغير.

أما المبحث الثاني فقد كرس لدراسة دور المحكم في اختيار القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه. وهذا الدور يتدرج من البحث عن الإرادة الحقيقية للأطراف في حال الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع إلي تحديد ذلك القانون عندما يسكت الإطراف عن تحديده. إن الدور الذي يؤديه المحكم في حال الوقوف على الإرادة الضمنية للإطراف يتمثل في استخلاص الإرادة الضمنية الأكيدة للأطراف من قرائن وظروف وملابسات العقد.وفي المقابل يتعاظم دورة عندما يسكت الأطراف عن اختيار القواعد القانونية التي تحكم نزاعهم،حيث أن بعض التشريعات فرضت عليه البحث عن القانون الأكثر اتصالا بموضوع النزاع دون تحديد المعايير التي بناء عليها يتم تحديد ذلك القانون، مما يترك المجال واسعا لتحكم المحكم. وبعض التشريعات الأخرى أعطت المحكم حرية اختيار قواعد الإسناد التي



يراها الأكثر ملائمة لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحكم فيه، مع العلم أن المحكم لا يملك قواعد إسناد خاصة به كالقاضي، مما يعطي المحكم سلطة تقديرية واسعة في تحديد تلك القواعد. لذلك يجب أن تتدخل التشريعات لتحديد قواعد الإسناد المناسبة التي على ضوئها يحدد المحكم القانون المختص.

التوصيات

من خلال النتائج التي توصلنا إليها في هذا البحث نوصي بالاتي:

أولا: أن يحرص الأطراف على التحديد الصريح للقواعد القانونية التي تحكم نزاعهم

ثانيا: وفي حال سكوهم عن تحديد القواعد القانونية الحاكمة لنزاعهم، نتمنى أن تقيد التشريعات حرية المحكم عند تحديد القواعد القانونية التي تحكم النزاع المحكم فية بالبحث عن القانون الذي يتوافق مع توقعاهم وهو غالبا ما يكون محل إقامة المدين بالأداء الجوهري. وإذا كانت القواعد القانونية السارية المفعول في ذلك النظام القانوني لا تتناسب مع توقعات الأطراف، فان المحكم يستطيع اللجوء إلي ظروف وملابسات الحال لتحديد ذلك القانون.

ثالثا: لقد لاحظنا أن الكثير من التشريعات فرضت على المحكم وفي جميع الأحوال مراعاة الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جري عليه التعامل بين الطرفين وهذا يعني انه بموجب هذا الواجب يستطيع المحكم استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف. من هنا نري انه من المأمول من المشرعين أن يقيدوا من حرية المحكم من استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف بموجب النص السابق ذكره إلا إذا كانت هذه الأعراف والعادات التي استقر التعامل بمضمونها تشكل نظاما عاما دوليا.